

## Liquidación judicial del fideicomiso en crisis. Un precedente emblemático\*

Claudio M. Kiper y Silvio Lisoprawski

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Problemática del patrimonio fiduciario en crisis. 3. Los antecedentes del fallo. 4. El fallo. 5. El fiduciario como liquidador judicial. 6. La aplicación analógica de normas relativas a las liquidaciones. 7. Interrogantes que suscita la aplicación analógica de sistemas de liquidación. 8. Conclusión.

### 1. Introducción

Podría sintetizarse el fallo objeto de este comentario con este simple enunciado: la Sala E de la Excelentísima Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, en los autos “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ liquidación”, ordena al juez *a quo* que proceda a liquidar un fideicomiso cuyo patrimonio fiduciario se muestra impotente para responder por las obligaciones que contrajo en su operatoria.

Quien no conoce el instituto y su problemática podría decir que no hay nada extraordinario o fuera de lo común en una decisión de esa especie. Sin embargo, el precedente es de vital trascendencia para la figura del fideicomiso en el orden local y probablemente trascienda en el Uruguay, donde la legislación oriental padece el mismo problema. Desde 1995 –año de sanción de la Ley 24.441 (*Anales de Legislación Argentina*, LV-A, p. 296)–, la exclusión del fideicomiso del ámbito del concurso preventivo y de la quiebra generó en la doctrina el interrogante acerca de cómo se resolvería en la práctica la situación de insolvencia del patrimonio fideicomitado. A partir de este precedente, la referida sala sienta la posibilidad de dar cauce judicial a la liquidación del fideicomiso, para remediar el vacío legal existente en la Ley 24.441. El fallo probablemente sea el primero que encara frontalmente esta cuestión y formula el principio de una solución. En tal sentido, estamos ante un precedente importante.

\* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, año LXXV, n° 89, 12/5/2011, pp. 3-4.

## 2. Problemática del patrimonio fiduciario en crisis

En anteriores trabajos,<sup>1</sup> al analizar la problemática del patrimonio del fideicomiso en crisis, uno de los autores de este trabajo insistió acerca de una seria carencia del Título I de la Ley 24.441, en la materia que estamos tratando. Dijimos que el instituto padece la ausencia de normas específicas que contengan y encaucen racionalmente la liquidación forzosa de los bienes fideicomitados cuando éstos son *insuficientes* para responder “por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso” (art. 16).

El legislador quiso que esa liquidación –a cargo del fiduciario– se desarrollara fuera del ámbito judicial del concurso preventivo o la quiebra. La ley excluye diversas alternativas: concurso preventivo, el APE, la quiebra directa, ya sea a pedido del acreedor o la del propio deudor, como asimismo la quiebra indirecta y la extensión de la quiebra. Entonces, no es posible la quiebra de la persona –física o jurídica– del fiduciario en esa exclusiva calidad, tampoco del patrimonio fideicomitado y menos del fideicomiso porque sencillamente es un contrato.

Así lo entendió la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, cuando dijo claramente que:

La *quaestio voluntatis* del legislador ha sido, sin duda, excluir de los sujetos pasibles de ser declarados en quiebra el patrimonio separado conformado por los bienes fideicomitados. Del contexto normativo que rige la especie [...] es determinante en la cuestión de que aquí se trata que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender tales obligaciones no da lugar a la declaración de quiebra del fideicomiso, sino que tal como lo prevé su régimen regulatorio debería procederse a su liquidación [...] La ley específica que regula esta materia establece con absoluta claridad que el patrimonio fideicomitado no se halla sujeto al régimen de la Ley Concursal, siendo insusceptible de falencia, se trate de un fideicomiso común o financiero.<sup>2</sup>

El problema estriba en que el legislador omitió regular una salida organizada y consistente con un estado de crisis patrimonial, siquiera por vía supletoria. Si no hubiera previsión contractual que fuera autosuficiente ni un acuerdo que abarcara a todos los interesados en el patrimonio fiduciario, el remedio debe darlo la justicia. Un procedimiento convencionalmente previsto podría ser la solución, siempre que pudiera extenderse u oponerse a to-

1. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, S. V., *Tratado de fideicomiso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, (2ª ed. act.), pp. 431 y ss. LISOPRAWSKI, Silvio V., *Práctica del fideicomiso. Problemas y soluciones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, pp. 37 y ss. LISOPRAWSKI, Silvio V., en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/8/2010.

2. CNCom., Sala A, 3/4/2009, “Fideicomiso South Link Logistics s/pedido de quiebra promovido por Embal System SRL” (Exp. 68118/2008), inédito.

dos los interesados y no fuera resistido por quienes consideran que no están alcanzados por la convención. En este último supuesto, en una situación de desquicio o caótica se hará inevitable recurrir a la justicia, porque no resultará posible contener y encauzar la liquidación fuera de ese ámbito.

El referido artículo 16 sólo prevé una salida, que evitaría la liquidación por insolvencia: el salvataje por vía de recursos provistos por el fiduciante y/o el beneficiario, si es que el contrato lo prevé o aquéllos se prestan voluntariamente al rescate cuando nada se hubiera previsto. Esto significa que, si no fue pactado, el fiduciario deberá proceder a la liquidación que se supone extrajudicial a fuerza de puro voluntarismo. La liquidación no cuenta entonces con la contención de un proceso judicial preestablecido en la ley ni está determinado que deberá respetarse el principio de la universalidad, que caracteriza los procesos falenciales.<sup>3</sup> Nada dice la ley acerca de qué se entiende por *liquidación* (¿judicial o extrajudicial?), cómo se hace, qué ocurre con las acciones individuales de los acreedores y de las partes del fideicomiso, cuál es el sistema de publicidad, todo lo relativo al manejo y tratamiento de los acreedores (*v. gr.*: la *pars conductio creditorum*), cómo se insinúan los acreedores, por cuánto tiempo se extiende el proceso de liquidación, cómo se practica la distribución (¿habrá provisionales, parciales y definitivas?), qué derechos tendrán los acreedores que se presentan tardíamente, etc. El vacío de la norma es –sin exagerar– inmenso. Un agujero negro. La soledad del fiduciario en tal sentido es abismal.

En nuestros trabajos señalamos una cantidad de situaciones en las que resultaba evidente que no tendrían solución sin la intervención de la justicia, que contuviera el fenómeno de la crisis y encausara un proceso de salida lo menos traumática e injusta posible. Es decir, debía darse cabida a esa posibilidad no sólo para evitar la indefensión de las partes y los terceros –especialmente los acreedores–, sino que, por el bien del instituto y su previsibilidad, debía acogerse la posibilidad de la intervención de la justicia en un procedimiento liquidativo para cubrir un vacío patético. Y esa es la salida que señala el precedente que comentamos. La referida Sala E, al ordenar la liquidación del fideicomiso en crisis (por insuficiencia) en el seno de la justicia, evidentemente se hizo cargo del problema de manera frontal. Por las razones que reseñamos, damos la bienvenida a la solución adoptada.

3. Ver Juzg. Nac. 1ª Comercial nº 10, Sec. nº 20, 24/11/2009, *in re* “Fideicomiso South Link Logistic s/ pedido de quiebra por Desarrollo Pilar SA”, fallo firme; “Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra promovido por Embal System SRL” (Exp. 089866).

### 3. Los antecedentes del fallo

En el caso, un fiduciario (Mandatos y Recuperos SRL), que encabeza un fideicomiso de gestión de cobranza de cartera de créditos de consumo, denominado Fideicomiso Ordinario Fidag, solicita al juez de primera instancia que intervenga en la liquidación del patrimonio fiduciario en crisis, alegando que el contrato carecía de toda directiva o estipulación atinente a un proceso liquidativo. El fiduciario explicó que, como consecuencia de la crisis económica, se habría interrumpido el flujo habitual de fondos que ingresa en concepto de cobranzas de la cartera de préstamos, que constituye el activo del fideicomiso y que permite la liquidación regular a los beneficiarios. Refirió que el artículo 16 de la Ley 24.441 prevé un procedimiento de liquidación sin quiebra. Y agregó que si bien el fideicomiso es una figura contractual que crea un patrimonio de afectación que no puede ser sujeto pasivo concursal, la liquidación judicial sería la vía de reconocer los créditos, liquidar y distribuir el producido en forma igualitaria entre los acreedores.

Por varios motivos, en alguna medida por la pobreza de la presentación y en mayor medida por omitir los fundamentos jurídicos que asistían al peticionante –el fiduciario– en su pretensión, limitada a invocar algunas citas doctrinarias y no dar respuesta a los requerimientos del juzgado respecto de esas omisiones, éste tuvo por desistida la presentación. La fiduciaria entonces apeló el fallo.

### 4. El fallo

La Sala, con dictamen favorable del fiscal, revocó esa decisión, sobre la base de dos argumentos. Uno, relativo al principio *iura curia novit*, de que da cuenta el artículo 163, inciso 5, del Código Procesal, en cuanto impone a los jueces la tarea de calificar “según correspondiere por ley” las pretensiones deducidas en el juicio. El segundo argumento se refiere específicamente al fideicomiso y la circunstancia que estaba atravesando el que era objeto de la litis.

La Cámara, parafraseando el artículo 16, marca que ante la falta de recursos el fiduciario debe liquidar los bienes, enajenándolos y entregando el producido líquido a los acreedores del fideicomiso, conforme al orden de privilegios previsto para

la quiebra, quedando a salvo el caso del fideicomiso financiero, que se rige por el artículo 24. Aclara que

Si bien se ha considerado que en el procedimiento previsto en el artículo 16 de la Ley 24.441 para la liquidación del patrimonio fideicomitado predominan la extrajudicialidad (v. Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de fideicomiso*, LexisNexis, Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 2004) y la autonomía de la voluntad (v. Luis M. Games y Gustavo A. Esparza, *Liquidación del patrimonio en fideicomiso*, JA, 1998-III), lo cierto es que el contrato de fideicomiso base del negocio objeto de autos no contuvo previsiones sobre la forma que se debe llevar a cabo la liquidación.

La Sala, entonces, no encuentra impedimento para que el fiduciario solicite que ese procedimiento se lleve a cabo judicialmente y dice

Por el contrario, ello evita dejar en sus exclusivas manos la oportunidad y forma de liquidación, con lo que se otorga una tutela adicional a los acreedores, cuyos intereses se verán resguardados por tal medida, dados los conflictos que previsiblemente se derivarán de la insolvencia de los bienes fideicomitados. Así, pues, frente a la decisión del propio fiduciario, júzgase procedente la vía judicial elegida para la liquidación del fideicomiso.

Hay un punto sustancial en el discurso del fallo, la tutela de los acreedores, que se procura resguardar con la intervención de la justicia. Quienes protagonizaron el contrato como partes en alguna medida deberán soportar las consecuencias negativas del pacto de fiducia, pero los terceros acreedores son los que menos resguardo tienen frente a la *solución* que el legislador quiso que la ley tuviera en situaciones de crisis por insolvencia. Los jueces se hacen cargo entonces de la laguna existente, con toda la dificultad que supone el armado de una estructura procesal diseñada ad hoc para poder llevar adelante una liquidación ordenada y justa. Por fin, la Sala da un paso más y expresamente encomienda al juez *a quo* que “establezca las pautas y normativa aplicable al proceso”. En nuestra opinión, esta orden dice mucho acerca de la dificultad existente y lo que se debe hacer para remediarla.

En este caso, el contrato de fideicomiso no tenía previsto un procedimiento de liquidación, circunstancia que justificaba la necesidad de la intervención judicial en el proceso liquidativo, para evitar las consecuencias de la ausencia de un orden

que encauzara ese proceso. Sin embargo, quedan pendientes de análisis situaciones en las que el procedimiento de liquidación previsto convencionalmente resulta defectuoso o en las que, aun siendo suficiente en su factura –en el mejor de los casos–, el fiduciario se vea desbordado en el campo de la liquidación extrajudicial y requiera la contención y el *imperium* de la justicia para poder llevar adelante una liquidación ordenada. Convengamos que es un verdadero desafío a la imaginación elaborar un procedimiento de liquidación por insuficiencia lo suficientemente abarcador para que no dé lugar a genuinos cuestionamientos.

## 5. El fiduciario como liquidador judicial

El artículo 16 de la Ley 24.441 establece que la liquidación estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que integren el fideicomiso. Parecería que sólo el fiduciario la puede realizar y sólo por medio de la enajenación. Restringir la liquidación a un único medio, como lo es la enajenación de los bienes fideicomitados, es un despropósito porque no siempre esa vía puede ser la más conveniente a los intereses en juego. En cuanto al fiduciario, no está expresamente prevista su cesación como tal en caso de liquidación forzosa del patrimonio fideicomitado, salvo que se interprete laxamente el inciso d del artículo 9 de la Ley 24.441, que parecería estar destinado al supuesto de quiebra o liquidación del patrimonio general del fiduciario y no del separado correspondiente al fideicomiso. De todas maneras, el mismo artículo, en el inciso a, prevé con tino la remoción judicial del fiduciario por la causal de incumplimiento de sus obligaciones contractuales. En la liquidación forzada es harto probable que la insuficiencia del patrimonio fideicomitado obedezca al mal desempeño del fiduciario. Entonces, carece de sentido que el causante de la crisis continúe con el manejo en la etapa de liquidación, cuando la esencia de su designación como fiduciario radicó en la confianza de que sería un buen hombre de negocios. Hay una evidente inconsistencia. El fiduciario es quien decide per se la liquidación de un patrimonio en cesación de pagos; tiene a su cargo las tareas inherentes y la distribución del producido entre los acreedores, pero la ley no tiene en cuenta la potencialidad del conflicto de intereses entre estos últimos y aquél, porque también podría ser acreedor del fideicomiso por su retribución y reembolso de gastos.

Otra cuestión nada menor guarda relación con la responsabilidad del fiduciario en la función de liquidador y no sólo su aptitud para cumplir con tal misión. No debe olvidarse que se le exigirá no sólo la conducta del buen hombre de negocios, sino la muy delicada función de quien tiene a su cargo los actos de liquidación. Mal puede pensarse que la circunstancia de la intervención judicial forzada operará como un *bill* de indemnidad por el hecho de suponer que se beneficiará con un paraguas judicial, porque tras la liquidación también estará en juego la responsabilidad anterior y la inherente al proceso de liquidación. En cuanto a la aptitud, no hay que olvidar que así como la función de fiduciario contiene un plus de confianza la de liquidador supone otro tanto. Sin embargo, mal puede cumplir esta última si la conducta de quien habrá de asumir tal calidad condujo al fideicomiso a una debacle. Si fue un mal fiduciario, no hay razón para suponer que actuará como un buen liquidador. Vemos entonces que, así como está el texto de la Ley 24.441, se impone en ciertas circunstancias la intervención judicial en la instancia de liquidación por insuficiencia. Con el mismo énfasis que sostenemos la necesidad de este extremo, advertimos la de evitar que la mala praxis del fiduciario contamine o se extienda a la instancia liquidativa. Dudamos que el paraguas judicial pueda purificar a un mal fiduciario.

4. Contamos con regulaciones específicas para algunos institutos; v. gr., arts. 3462 y ss., C. C., para la partición hereditaria; arts. 1311 y ss., para la disolución de la sociedad conyugal; y art. 2698, para la división del condominio, en el mismo cuerpo legal. Desde el punto de vista del derecho ritual, fuera de las facultades ordenadoras del juez (art. 36, CPCCN), que puede emplear frente al caso concreto de liquidación por insuficiencia, existen normas destinadas a situaciones que presentan puntos de contacto con la liquidación del fideicomiso: rendición de cuentas (arts. 652-657), división de cosas comunes (arts. 676-678), división de la herencia (arts. 716-732), pericia arbitral (art. 773).

## 6. La aplicación analógica de normas relativas a las liquidaciones

Ocurre que no existe una regulación del procedimiento de liquidación en general, sino regímenes específicos,<sup>4</sup> como el sucesorio, el societario, el de la división de condominio, que –además– no fueron diseñados para enfrentar situaciones de cesación de pagos. Vemos entonces una primera limitación. Parecería que los sistemas más afines para diseñar un procedimiento de liquidación judicial son el societario y el previsto en la normativa falencial. Tanto la Ley de Sociedades 19.550 (t. o. 1984) como, especialmente, la Ley de Quiebras 24.522 (arts. 203-224) contienen estatutos más o menos completos de liquidación, que bien pueden servir para su aplicación analógica al fideicomiso. Es cierto que cada una de ellos obedece a institutos distintos; sin embargo, no podemos desconocer que el fenómeno de la liqui-

dación, en última instancia, tiende a un objetivo común a todas las situaciones: liquidar un activo para cancelar el pasivo y distribuir el remanente, si lo hubiere, entre los derecho-habientes. Es en este último sentido que se justifica la analogía.

Entendemos que no es ocioso reiterar algo de lo dicho al respecto en un trabajo anterior. En aquel momento se dijo que, por su proximidad al fenómeno del patrimonio fideicomitado en crisis, hay quien propone un *mix* normativo entre el sistema de liquidación societaria (arts. 101 y ss., LSC) y el proceso concursal, esto es, la convocatoria de los acreedores al proceso de verificación de créditos y la liquidación de los bienes para la distribución del resultado.<sup>5</sup> En ausencia de previsión contractual o cuando ésta fuera insuficiente o defectuosa, la posibilidad de encaminar la liquidación por medio de la normativa societaria (arts. 101 y ss., LSC), pero respetando de manera armónica algunos principios típicamente concursales, tales como la universalidad, la igualdad de los acreedores y la necesidad de una etapa de insinuación de los créditos a la manera de la LCyQ.

En función de esa combinación de normas de liquidación societaria y concursales, se perfilaría una suerte de procedimiento ad hoc, dentro del cual debería haber un reconocimiento de créditos, a la manera del artículo 32 y siguientes de la LCyQ, la continuación –a cargo del fiduciario– de los negocios pendientes y las medidas convenientes que contribuyan al objeto de su cometido: la mejor liquidación de los bienes fideicomitados. Un adecuado régimen de publicidad (anotaciones registrales, edictos, etc.), dando cuenta de la calidad de liquidador del fiduciario y del estado de liquidación forzosa del fideicomiso. En su actividad de liquidación, el fiduciario debería informar a los interesados, por medio de inventarios y balances, estado de la liquidación, etc. Su obligación fundamental es la mejor realización del activo, a la manera del liquidador de una sociedad. En tal sentido, no resultaría aplicable en este trámite liquidativo la regulación prevista en los artículos 203 a 217 de la LCyQ, sino la más amplia del artículo 105 de la Ley de Sociedades.

En cuanto a la enajenación de los bienes fideicomitados a cargo del fiduciario, se propone asimilarla a las vías previstas en la Ley Concursal (art. 204, incs. 1, 2 y 3): en conjunto, en forma singular, etc., con sujeción al control judicial. Por fin, debería presentarse un balance final y el proyecto de distribución de fondos, de acuerdo al orden de privilegios establecido en la LCyQ (art. 16, Ley 24.441), si hubiere un remanente, previa autoriza-

5. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, pp. 310 y ss. En el mismo sentido: ISE FIGUEROA, Tomás, “Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitados”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1999-A, p. 899.

ción del juez que interviene en la liquidación, el que asimismo debería fiscalizar la distribución, siguiendo el fiduciario –a la manera del síndico de la quiebra– las pautas concursales que establece el artículo 218 de la LCyQ.

## 7. Interrogantes que suscita la aplicación analógica de sistemas de liquidación

La situación de insolvencia o desequilibrio patrimonial con visos negativos plantea una serie de interrogantes cuando se intenta aplicar normas de liquidación por la vía analógica. Parecería una buena solución que, en la liquidación judicial, se aplique al fideicomiso en estado de insuficiencia un sistema similar al de la insinuación concursal.<sup>6</sup> Sin embargo, surge una serie de interrogantes cuando se lo intenta. Por ejemplo: ¿se establecerá un sistema de cristalización de pasivo por medio de un proceso de verificación con plazos de apertura y finalización?; si existen créditos laborales, ¿se aplicará el pronto pago (arts. 16 y 183, LCyQ)?; ¿dónde se deberán presentar los pedidos de verificación?; ¿el fiduciario deberá emitir un informe individual (art. 35, LCyQ)?; ¿existirá alguna instancia de revisión (art. 37, LCQ) y de verificación tardía (arts. 56 y 280 y ss., LCQ)?; ¿el fiduciario se reconocerá a sí mismo sus créditos?; ¿existirán los llamados créditos del artículo 240, LCyQ (*v. gr.*, en la continuación de los contratos con posterioridad a la liquidación)?; ¿existirá posibilidad de que se continúen los procesos de conocimiento, en los términos del artículo 21, 1º párrafo, LCyQ?; ¿se suspenderán las ejecuciones individuales promovidas por acreedores quirografarios o con privilegios (*v. gr.*, hipoteca) del fideicomiso?; ¿cuándo comienza el proceso de liquidación?; ¿quien embarga primero es el que tiene mejor derecho?; ¿se aplicará el artículo 128 de la LCyQ –o, en su caso, el artículo 753 del Código Civil– en relación con las obligaciones del fideicomiso que a la fecha de la distribución se hallan pendientes de vencimiento, considerándolas de plazo vencido? Si no se impone –obviamente, por vía judicial– un cronograma de pagos a todos los acreedores del fideicomiso, los que tuvieren acreencias exigibles podrían reclamar el pago inmediato del total de su crédito –quirografario o no–, haciendo imposible en la práctica el pago de los créditos “conforme el orden de privilegios previstos para la quiebra”, como manda el artículo 16 de la Ley 24.441. Asimismo, no debe ol-

6. *Ibidem.*

vidarse la posibilidad de que existan acreedores que concurran a reclamar el pago de sus créditos tardíamente, pero con fecha anterior a la prescripción.

Hay más preguntas que podríamos formular. A su vez, muchas de esas preguntas deberían tener respuestas coordinadas o coherentes para satisfacer el único principio consistente que establece el artículo 16 de la Ley 24.441: el fiduciario debe entregar el producido de la enajenación de los bienes fideicomitidos “a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra” (sic) y, por fin, concluir con la liquidación del patrimonio fideicomitado.

## 8. Conclusión

Sin dudas, el fallo comentado es de singular trascendencia para el instituto del fideicomiso. Abre un camino de solución para uno de los aspectos más criticados de la figura –por imprevisión legislativa–, como lo es la ausencia de un régimen orgánico de liquidación, que encauce o contenga un procedimiento racional –oponible *erga omnes*– para liquidar el patrimonio fiduciario en crisis. Si bien es el comienzo de un recorrido, al menos este fallo nos da una clara señal de la necesidad de enfrentar el vacío normativo, dando así en esta delicada cuestión un horizonte de previsibilidad y seguridad que hoy no tiene.

Reiteramos que, por su trascendencia, este fallo es un hito que abre un camino difícil por cierto, habida cuenta de la dificultad para establecer las normas y pautas que requerirá el procedimiento de liquidación en orden a la tutela de los diversos intereses en juego. Ahora la problemática se centrará en el desarrollo de esas “pautas y normativa aplicable” a esta liquidación judicial, inédita en nuestro medio, para la especie fiduciaria, que requerirá en los jueces una importante dosis de imaginación y creatividad, hasta tanto la Ley 24.441 sea corregida en este aspecto.